

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

RENATA ALMEIDA DA COSTA

SORAIA DA ROSA MENDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Paulo César Corrêa Borges, Renata Almeida Da Costa, Soraia da Rosa Mendes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-214-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologias. 3. Política Criminal.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

Uma vez mais o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem a satisfação de apresentar em forma de publicação uma coletânea de textos representativos de algumas das teses desenvolvidas em seu XXV Encontro Nacional que, em 2016, teve como tema “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”.

O encontro, realizado na Universidade de Brasília – UnB, em uma parceria com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e a Universidade Católica de Brasília - UCB, ocorreu entre os dias 6 a 9 de julho e, como era de se esperar, foi mais um momento especialmente rico no qual estudantes e professores construíram um espaço privilegiado de integração de várias instituições de ensino.

Os vinte e quatro textos que seguem foram objeto de intensos debates no Grupo de Trabalho “Política Criminal e Criminologia”, refletindo a atualidade de questões que envolvem o tema objeto de nosso GT ao redor do qual estiveram pesquisadores/as de todas as partes do país e de diferentes níveis de formação.

De um modo muito particular gostaríamos de registrar que, dos vinte e sete trabalhos aprovados, vinte e quatro deles contaram com a participação feminina em abordagens referentes a temas que giraram desde, v.g., a violência sexual e justiça de transição até, também por exemplo, os elementos punitivos na pós-modernidade e o direito penal do inimigo. Ou seja, pesquisas de conteúdo relevante, de caráter inovador, com grande potencial de impacto na área, visto traduzirem reflexões capazes de influir na forma como devem ser compreendidas diferentes perspectivas político-criminais e criminológicas.

O intercâmbio de experiências durante o GT certamente representou um acréscimo importantíssimo ao pensamento jurídico e ao Conpedi, como um irradiador da produção de conhecimento que tem sido há longos anos. Sendo imprescindível, portanto, agradecer a todos e todas os e as participantes por suas contribuições, sem as quais o êxito do GT como um todo não seria possível.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – Universidade Estadual Paulista/UNESP

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa – Centro Universitário La Salle - UniLaSalle

Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes – Instituto de Direito Público/IDP

**DIREITO PENAL DO INIMIGO A PARTIR DO CONTEÚDO JURÍDICO DO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ELEMENTOS PUNITIVOS DA PÓS-
MODERNIDADE, MEDO DIFUSO E (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL**
**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A PARTIR DEL CONTENIDO JURÍDICO DEL
PRINCÍPIO DE IGUALDAD: ELEMENTOS PUNITIVOS DE LA
POSTMODERNIDAD, MIEDO DIFUSO E (IN)COMPATIBILIDAD
CONSTITUCIONAL**

Rafael Altoé ¹
Gisele Mendes De Carvalho ²

Resumo

O medo é um dos sentimentos mais líquidos (ou difusos) da contemporaneidade, espalhando no íntimo de cada pessoa a compreensão de que a violência de hoje é maior que no passado. Ao lado disso, a busca pela solução do problema da insegurança deságua na ampliação do poder punitivo. Dentre essas respostas punitivas, destaca-se, como objeto do estudo, o Direito Penal do Inimigo. Cabe questionar se a distinção de tratamento encontra compatibilidade com o conteúdo jurídico da igualdade (que autoriza diferença de tratamento entre pessoas se a medida basear-se em um *discrímen* razoável) e com as origens históricas dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Igualdade, *Discrímen* razoável, Medo líquido, Direito penal do inimigo, Poder punitivo

Abstract/Resumen/Résumé

El miedo es uno de los sentimientos más líquidos (o difusos) de hoy, pues crea en las personas la idea de que la violencia de hoy es más grande que en el pasado. La búsqueda de la solución del problema de la inseguridad se traduce en la expansión del poder punitivo. Entre estas respuestas punitivas, cabe destacar el Derecho Penal del Enemigo. Es necesario investigar si la diferencia de trato es compatible con el principio de la igualdad (que autoriza la diferencia de tratamiento si la medida es un *discrímen* razonable) y con los orígenes históricos de los derechos fundamentales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Igualdad, *Discrimen* razonable, Miedo líquido, Derecho penal del enemigo, Poder punitivo

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá-PR (UNICESUMAR). Especialista em Direito Penal. Juiz na Comarca da Região Metropolitana de Maringá. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

² Professora de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá, Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha.

INTRODUÇÃO

O medo atualmente é um dos sentimentos mais universais da sociedade¹. Reveste-se de profunda liquidez, ao tempo em que se coloca, cada vez mais, no centro do debate das principais políticas públicas. A convicção própria sobre a insegurança, amparada em episódios marcantes de violência, se emancipou como uma das características mais destacadas dos dias de hoje². Seja nos casos mais singelos, esquecidos das cifras oficiais e ignorados pela coletividade, seja na lógica oposta dos casos profundamente marcantes na história (v.g., determinados atentados terroristas), a resposta a tal sentimento de impotência quanto à própria segurança encontra acalanto em variados discursos de hipertrofia do poder punitivo.

O Direito Penal do inimigo, como relevante exemplo, compartilha dessa origem. Apresenta-se como resposta punitiva à pessoa que, por princípio, recusa a vigência do sistema idealizado para o cidadão³. Em acréscimo, autoriza a premissa de que existe um sistema penal para a pessoa que respeita o Direito (com integralidade de direitos e garantias fundamentais), e outro, lastreado no propósito da eliminação do perigo, voltado contra o hostil (legitimando a mitigação de direitos fundamentais, em busca de medidas preventivas). São casos em que o criminoso, na gênese que embasa a teoria, teria rompido com o Estado de Direito, abrindo uma guerra contra este, o que exige que seja eficazmente combatido. Há, então, a cisão de um Direito Penal do cidadão, e outro Direito Penal, com uma lógica distinta de valores, para tais inimigos.

Cabe observar que respostas diferentes para hipóteses da vida também desiguais são medidas de natural proporcionalidade em certas ocasiões. Mas é essencial questionar, a título de problema, se a solução idealizada pelo Direito Penal do inimigo encontra fundamento de validade em princípios essenciais do Direito. Dentre esses aspectos, destacam-se para a investigação os fundamentos históricos que deram origem aos direitos fundamentais, e a imprescindível valoração sobre o princípio da igualdade em cotejo com a resposta punitiva proposta. As possíveis respostas a tais questionamentos serão buscadas mediante o emprego do método dedutivo, com base na análise da doutrina consagrada sobre o tema e suas mais relevantes e atuais discussões.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 13 e ss.

² PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003, p. 111 e ss.

³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Na doutrina o tema da igualdade recebeu profunda análise a partir de uma construção argumentativa. Diz-se que a igualdade, quando pensada a partir de seu conteúdo jurídico, pode se manifestar mesmo quando ocorrer numericamente a entrega de prestações diferentes para duas pessoas. Em sentido geral, o tema da igualdade se constitui, talvez, em um dos elementos de maior interação e amplitude em todo o Direito⁴, tanto que uma de suas acepções está em ser um fundamento do próprio sistema Democrático⁵⁻⁶. Para tanto, compreende-se que a Democracia é assentada na ideia de que as pessoas devem ser livres e, em acréscimo, também demanda que estas gozem da aptidão do exercício da soberania do poder. A diferenciação de tratamento entre pessoas, sem o razoável conteúdo jurídico, sequestra a soberania popular (que deve ser plena, ainda que representativa), subtraindo, por consequência, o verdadeiro núcleo da existência da democracia.⁷

Como consequência, também deve se traduzir em regra de interpretação do Direito e uma forma de limitação da atividade legislativa⁸. Em primeiro plano, impõe ao poder legislativo o dever de omissão em estabelecer privilégios, além de direcionar a interpretação de toda norma jurídica à proibição de diferenças que não estejam baseadas em critérios de razoabilidade.

No sentido formal, de acordo com Celso Ribeiro Bastos, a igualdade “consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei senão em consonância com critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”⁹. Esse

⁴ A igualdade também se reveste do caráter de ser um direito subjetivo essencial de cada pessoa, sem prejuízo de servir, simultaneamente, de vetor interpretativo de aplicação das normas jurídicas e de efetivação de políticas públicas

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 456.

⁶ MARTINS, Leonardo. Comentários ao artigo 5o, *caput*. In: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013, p. 223

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op cit.*, p. 457.

⁸ *Ibidem*, p. 459.

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo-SP: Saraiva, 1999, p. 470.

conceito é ligado ao tratamento abstratamente idêntico que o direito deve dar às pessoas. Não se realiza, nesta perspectiva, qualquer juízo de equalização de eventuais desigualdades impostas pela realidade¹⁰, já que a igualdade sobressai no campo da forma.

O sentido material¹¹, por seu turno, é decorrente da inserção de conteúdos de valor no conceito da isonomia, permitindo-se a busca da igualdade por critérios que considerem, em detrimento da abstração, a realidade e os bens da vida como fatores de equalização. Essa abordagem apregoa, por exemplo, que pessoas venham a receber tratamento diferente entre si como medida necessária de equalização, permitindo-se, por meio dessa conduta, a verdadeira igualdade. Não se trata, neste ponto, de a igualdade perante o direito positivo, mas sim, de igualdade perante a vida.

1.1.1 A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Liberdade no “jardim” e na “praça”. O espaço para a afirmação da relevância da igualdade material

No direito norte americano, de forma predominante, se desenvolveu a distinção entre a liberdade a partir do referencial liberal¹², em contraposição à liberdade afirmada pelos comunitaristas. Para os liberais, que representariam a *liberdade dos modernos*, o conceito está intimamente ligado à autonomia privada, evitando-se a ingerência indevida do Estado no mercado e no espaço da referida autonomia. Em figura de linguagem essa abordagem preza pelo indivíduo em seu jardim, tendo o direito de não sofrer intervenção do Estado nesse espaço que lhe é próprio¹³.

Nessa mesma lógica, a *liberdade dos antigos*, lastreada em referenciais sociais, defende que a liberdade está intimamente relacionada com a possibilidade do cidadão em participar da vida política da comunidade. Diferentemente da visão anterior, a liberdade está na “autonomia pública”. Em figura de linguagem, essa seria a “liberdade na praça”, em que as pessoas estariam em tal espaço público (ambiente coletivo), igualitariamente

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo-SP: Saraiva, 1999, p. 490.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7. ed. Lisboa: Almedina, 1993, p. 424.

¹² FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 259.

¹³ Conforme ensina Luis Roberto Barroso: “de forma simplificada, os *liberais* valorizam a liberdade como autonomia privada (liberdade dos modernos), defendem o mercado como forma de administração da escassez e creem na existência de uma concepção de justiça de caráter universal, que pode ser compartilhada por todos. Os *comunitaristas* rejeitam uma ideia de justiça que seja imparcial, dissociada das circunstâncias sociais e dos interesses dominantes na sociedade e valorizam a liberdade como autonomia pública, isto é, como participação política (liberdade dos antigos). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92).

participando da vida política¹⁴. Em assim sendo, para cumprimento dessa tarefa de equalização pregada pela segunda visão, exige-se do Estado prestações positivas que tenham por objetivo a proporção da liberdade esperada.

Acolhendo a importância dos dois valores, a Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe previsões que asseguram a livre economia de mercado, ao tempo em que também traz previsões sociais. Isso significa, como adverte a Doutrina, que a proteção da autonomia privada no Brasil é heterogênea¹⁵.

1.1.2 O conteúdo jurídico do princípio da igualdade e o “discrímen razoável”

A igualdade jurídica busca a equalização perante a vida, o que faz exigir a presença de tratamentos diferenciados em variadas situações. Embora com traços distintos do cenário contemporâneo, a justiça já foi anteriormente pensada a partir da atribuição de tratamento diferente entre pessoas desde Aristóteles¹⁶, quando idealizou o conceito de justiça distributiva, estabelecendo critérios de atuação a partir das virtudes de cada pessoa.

O sentido jurídico da igualdade, ao permitir distinções de tratamento, vem substancialmente atrelado à ideia de discriminação¹⁷ como a atribuição de um justificado tratamento distinto entre pessoas, o que deve se traduzir em aquinhoamento das injustiças da vida¹⁸.

Permitir o tratamento diferenciado para aqueles que necessitem dessas medidas talvez seja um conceito de razoável consenso que derive de um sentimento inato de justiça, independente de bases mais técnicas. É o exemplo das medidas prioritárias para deficientes e a implementação de políticas de inclusão dessas pessoas no mercado.

A questão de maior profundidade, entretanto, reside em saber quando um tratamento diferenciado é ou não justificável, e quais são os critérios a serem adotados para justificar essa discriminação¹⁹. Nessa linha, conquanto existam outras abordagens a

¹⁴SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173-176.

¹⁵*Ibidem*, p. 212.

¹⁶ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 109.

¹⁷FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 281.

¹⁸GOMES, Joaquim Barbosa *Ação afirmativa: princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40.

¹⁹MARTINS, Leonardo. Comentários ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2013, p. 224-225.

respeito do assunto²⁰, Celso Antônio Bandeira de Melo explorou a problemática com bastante lucidez na obra “o conteúdo jurídico do princípio da igualdade”. Além de assentar que a igualdade tem conteúdo material²¹, define que o tratamento diferenciado entre pessoas deve levar em conta, na justificação dessa distinção, alguns critérios que se materializem em um *discrímen razoável*.

Em um primeiro aspecto, o *discrímen razoável* é uma exigência discursiva, já que exige que a discriminação, no âmbito de sua validade, ocorra sob a base de uma fundamentação que demonstre razoabilidade na diferenciação, não se constituindo em uma escolha, mas em verdadeiro dever a partir do que a razoabilidade assim determinar. Em segundo lugar, a isonomia exige que o tratamento diferenciado ocorra para a efetivação dos direitos fundamentais. Qualquer discurso de diferenciação só poderá ser acolhido se materialmente for proporcionador de direitos fundamentais²².

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, encontram-se julgados que validaram políticas públicas reconhecidas como ações afirmativas (proporcionadoras de igualdade material) por possuírem, de acordo com a corte, conteúdo diferenciador baseado em uma razoabilidade de inclusão²³. Esse critério representa de um lado importante controle da banalização do princípio da igualdade, ao tempo em que também ressalta, pela via da realidade, o seu sentido jurídico. Impõe uma construção argumentativa de razoabilidade da distinção, e exige que a diferenciação não implique em redução dos direitos fundamentais.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO COMO BASE TEÓRICA

Delimitado o conteúdo jurídico da igualdade, cabe compreender em linhas gerais a resposta punitiva oriunda do Direito Penal do inimigo. Nessa busca, primeiramente é

²⁰ Ilustrando critério diverso do explorado no artigo: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193.

²¹ MELO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19.

²² *Ibidem*, p. 20-22.

²³ É o caso do julgado que validou a reserva de vagas para deficientes físicos em concursos públicos, em que a Corte afirmou que a medida “objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 32732 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

salutar compreender sua base teórica, a partir de uma das propostas sobre a finalidade do Direito Penal. E neste ponto, cabe esclarecer, primeiramente, que o entendimento predominante da doutrina é no sentido de que o Direito Penal tem por fundamento a tutela de bens-jurídicos mais relevantes²⁴⁻²⁵. É assim, inclusive, que preserva seu caráter residual²⁶.

Mas outra célebre visão é manifestada pelo chamado funcionalismo sistêmico (extremado ou normativista), defendido por Günther Jakobs²⁷. A visão sistêmica é atrelada à ideia de que a sanção criminal é aplicada, em sentido macroscópico, com a missão central de assegurar a vigência do próprio sistema penal, garantindo, em função disso, a imperatividade da norma. Esse funcionalismo, a exemplo de toda teoria sistêmica, assenta-se em objetivos de estabilidade.

O funcionalismo sistêmico, em verdade, não repele a ideia que o Direito Penal possa vir a gerar a proteção dos bens jurídicos mais importantes, mas entende que esta não é a função precípua do poder de punir. Defende, outrossim, que como a aplicação da pena será sempre posterior à conduta já realizada, isso faz prova bastante de que o Direito Penal encontra a razão de seu agir não na ideia de preservar os bens-jurídicos, mas no objetivo de restabelecer a eficácia da norma descumprida, evitando-se, por intermédio dessa intervenção, que novas violações venham a ocorrer no futuro²⁸. Opera-se, por meio desse agir, a prevenção positiva como forma de pacificação²⁹.

As características até aqui apresentadas autorizam o raciocínio de que a pessoa que adota comportamento em desacordo com as regras vigentes, nada mais faz do que agredir a própria autoridade do sistema (fragilizando-o), tencionando ao enfraquecimento da norma, e o consequente desequilíbrio da paz social³⁰. Como se nota, o conteúdo

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

²⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17-18.

²⁶ “A sanção penal deve ser *ultima ratio*, isto é, o Direito Penal só deve atuar para a conservação dos bens jurídicos essenciais para a sociedade, tutelando não a totalidade da ordem ético-social, mas apenas as normas fundamentais que a compõem que não possam ser protegidas de modo eficaz através de meios menos gravosos” (CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 336).

²⁷ ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal parte general*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 346.

²⁸ A lógica por trás do mencionado funcionalismo, que conduziu a missão de pacificação a uma ideia de estabilidade do sistema, encontrou fundamento a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (*Ibidem*, p. 349).

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 222.

³⁰ JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 18.

legitimador do poder punitivo, na visão sistêmica, é desvinculado do compromisso precípua com a tutela de bens-jurídicos relevantes, uma vez que trata esse aspecto apenas como uma eventual consequência residual. Se toda atuação do poder punitivo deve ser conduzida, em sentido geral, pela missão de gerar a desejada paz social, Günther Jakobs³¹ conduz o raciocínio, em defesa do funcionalismo sistêmico, de que essa paz será alcançada naturalmente pela coerção e pelo controle oriundos da preservação de um sistema forte³², pouco importando, em verdade, a tutela do bem-jurídico já violado no tecido social. O discurso é legitimado, portanto, em uma presunção abstrata de que toda lesão a uma norma penal é um fator de desequilíbrio da paz social.

Foi dentro desse raciocínio, amparados em aprofundamentos extremados, que surgiram alguns pensamentos vocacionados a legitimar a punição mais pelo aspecto da violação ao teor da norma, do que propriamente pela existência de algum prejuízo *concreto* percebido ou identificado pelo corpo social. Essa lógica, em última análise, também abriu o caminho crítico para o surgimento da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Ao promover um distanciamento do *jus puniendi* da função de proteção de bens-jurídicos essenciais das pessoas, o funcionalismo sistêmico abriu espaço para elaboração de algumas críticas. Dentre essas críticas, destaca-se a visão de Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Nuñez Paz, William Terra De Oliveira e Alexis Couto De Brito que defendem abertamente a conclusão sobre a existência de riscos na visão propagada por Jakobs. Destacam, entre os possíveis perigos, a real possibilidade de se atribuir a responsabilidade penal a uma pessoa por meio de critérios exclusivamente ligados às conveniências do poder Estatal, ainda que desligados de benefícios à própria coletividade³³

Quando se desvincula a atuação do Direito Penal da missão de proteger bens jurídicos mais relevantes³⁴, necessariamente se conclui que a punição não tem qualquer fundamento na prevenção de um prejuízo concreto, desconectando-a, por isso, dos fatos que seriam perniciosos para o interesse das pessoas. Ao se levar a teoria analisada para compreensões mais radicais haveria, mediante a invocação de presunções abstratas de

³¹ JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 18.. p. 13.

³² AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166-167.

³³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro, parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65-66.

³⁴ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 120.

periculosidade, a justificativa na repressão de toda e qualquer pessoa que, por si só, por força de seu comportamento e de suas características (como o histórico que possui), se apresentasse como um risco ao sistema ou ao conjunto de normas.

Em assim sendo, ainda que por intermédio de uma indevida manipulação dos fundamentos, a punição sob a bandeira de proteção do sistema abre permissivo para aplicação de um Direito Penal do autor (que atua pelo que a pessoa é, não pelo que ela fez), em detrimento de um Direito Penal do fato (punir por uma conduta concretamente realizada).

2.2 SENTIMENTO GERAL DE INSEGURANÇA, O MEDO LÍQUIDO E A NECESSIDADE DA RESPOSTA PUNITIVA

Ao lado da profundidade teórica do funcionalismo sistêmico, os debates sobre o Direito Penal do inimigo consideram, ainda, elementos metajurídicos, ligados especialmente à sociologia da pós-modernidade³⁵ e análises criminológicas sobre a incessante busca para a resposta ao problema da insegurança.

Entende-se no inconsciente coletivo que os dias de hoje são mais perigosos que os do passado³⁶. A crueldade não choca mais. Costumeiramente se estabelece a premissa de que o mal está banalizado no momento atual, embora a própria ideia de banalização tenha sido cunhada por Hannah Arendt³⁷ quando retratou, em cenário completamente distinto, o julgamento de Adolf Eichmann (oficial nazista), por conta do Holocausto³⁸.

Esse profundo sentimento de insegurança, aliado à liquidez do medo, passa a demandar, em prejuízo de outras soluções, respostas punitivas mais severas. Em outras

³⁵ Sobre a pós-modernidade, vide: BAUMAN, Zygmunt. *O mas estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 25 e ss.

³⁶ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 32.

³⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. 4ª ed. Barcelona: Lumen, 2003, p.4.

³⁸ Adolf Eichmann possuía traços de um homem comum (diferente de uma figura monstruosa que se imaginava), inserido em uma burocracia diária, que enxergava o genocídio do holocausto como uma atividade de cotidiano, apenas cumpridor de ordens, o que indicava como a morte frequente de pessoas se transmudou em uma rotina burocrática, banalizada.

palavras, a busca da hipertrofia do sistema penal³⁹ é a solução primária para a resposta da insegurança⁴⁰. Vale consignar, a esse respeito, o que leciona Débora Regina Pastana:

a impressão a que se tem é de que a violência criminal só existe, e nos assusta, porque não é devidamente reprimida pelas instituições competentes, e, conseqüentemente, pelo Estado. Esse diagnóstico também é recebido pela população como verdade absoluta e suas realizações são direcionadas a exigências de maior rigor punitivo e maior criminalização de condutas⁴¹.

Agrega-se a tal elemento a visão de Zygmunt Bauman acerca das superficialidades das soluções idealizadas no atual estágio (onde também se inserem o medo e as respostas punitivas). Neste aspecto, o autor faz importante advertência sobre possíveis riscos em relação ao fenômeno punitivo, e sobre a necessidade imediata de se entender que o medo tem sido legitimador de opções sancionatórias nem sempre eficazes⁴².

É evidente que o problema da insegurança encontra parte importante de sua solução no poder punitivo. A questão de indagação reside, entretanto, na constatação de que o medo, seja o inato ou o criado, pode em alguns casos sugerir soluções penais que não se revistam de eficácia esperada, ou que se transmudem em prejuízos às pessoas (pelo enfraquecimento do núcleo dos direitos fundamentais).

O medo generalizado⁴³ é aquele que macula o íntimo de cada pessoa, mas que é impossível de ser definido de forma objetiva. As abstrações ganham especial importância. O medo surge contra a violência, por exemplo, e não contra algo mais delimitado. Essa lógica, se inserida no âmbito do funcionalismo sistêmico, passa a elucidar as bases que deram origem ao Direito Penal do inimigo.

³⁹ Cf: GOMES, Marcos Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. Mídia, medo e expansão punitiva. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean.-François; GOMES, Marcos Alan de Melo (Coords). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 73 ss.

⁴⁰ Sobre o controle social pelo direito sancionador, vide: SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79 e ss.

⁴¹ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 117-118.

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 229.

⁴³ Ainda sobre a percepção subjetiva do risco vide: NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2007, p. 66 e ss.

2.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DESCONSTRUÇÃO DA PESSOA

O Direito Penal do Inimigo defendido por Günther Jakobs, em uma abordagem resumida, se constitui, ao fim, em uma lógica decorrência do funcionalismo sistêmico, estando baseada apenas na mais extremada das visões que ele desenvolveu sobre o tema, quando aliada a elementos sociológicos da pós-modernidade (como a liquidez do medo).

Em verdade, o conceito de “inimigo” no Direito Penal, ligado à tese de Jakobs, é estritamente sistêmico, porque vem desvinculado da ideia central, popularmente concebida, de contraposição entre pessoas ou grupos em determinado conflito. O cerne da definição do conceito de inimigo no Direito Penal – também chamado de *hostil* - é, na verdade, ligado ao respeito ou desrespeito que se tem ao sistema vigente. Coloca-se a pessoa como inimiga, em um polo em contraposição ao próprio sistema vigente.

Ao defender que a fundamental missão do poder punitivo é preservar o sistema e a eficácia da norma, Jakobs traça uma diferença entre as pessoas que se submetem a esse sistema⁴⁴, e aquelas que rechaçam ou se recusam deliberadamente a se submeter ao sistema, buscando, por conta dessa situação, a extinção deste. O inimigo, então, é aquele que atua por *princípio* próprio de negar a vigência do sistema, colocando-o em risco.

A pessoa que iterativamente descumpre a norma, por exemplo, manifestaria comportamento que indica que ela ignora qualquer vigência do sistema, sendo inimiga deste. No instante em que as normas ordinárias são insuficientes para gerar qualquer efeito sobre esse inimigo, conclui-se que tal sujeito intencionalmente rompeu com o estado jurídico, invocando contra este uma guerra que precisa ser enfrentada com extremo rigor, e que constituiria, por um mecanismo de defesa, um legítimo direito do cidadão. Há um discurso, então, assentado na ideia de que o Direito Penal do inimigo é um mecanismo de combate à eliminação do perigo proporcionado pelo *hostil*. Tal qual uma guerra física, as regras comuns seriam inoperantes nesse conflito, legitimando a incidência de medidas inconcebíveis para o cidadão, como a antecipação punitiva para prevenção ao perigo.

Essa característica faz com que haja o surgimento de dois tratamentos jurídicos diferenciados: um para o cidadão (aquele que respeita o sistema), preservando-se as regras ordinárias e um núcleo rígido de garantias e direitos fundamentais para estes, e outro para o *inimigo* (aquele que rechaça o sistema), o que legitimaria medidas mais extremas,

⁴⁴ JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 28-29.

sobretudo a supressão de certas garantias individuais ordinariamente asseguradas ao cidadão⁴⁵. Daí decorre, em termos terminológicos, a diferença entre o *Direito Penal do inimigo* e o *Direito Penal do cidadão*⁴⁶.

Por mais contundente que possa parecer essa afirmação, o que a teoria do Direito Penal do inimigo faz, ao ser descortinada, é a negatória da condição de pessoa a esse “inimigo”. A afirmação decorre da seguinte constatação: juridicamente a definição de pessoa deve ser estritamente ligada a um rol de direitos fundamentais (que existem por serem *fundamentos* necessários a toda e qualquer pessoa). A própria conceituação de pessoa deve contemplar a ideia de ser um ente que tem, de forma irrenunciável e inalienável, o catálogo de tais direitos.

Nesse contexto, em uma das mais contundentes críticas que foram feitas sobre o tema, Eugênio Raúl Zaffaroni⁴⁷ retrata a despersonalização do inimigo. Define, por exemplo, que o direito penal do inimigo apenas trata o invocado *hostil* (ou *inimigo*) como um *objeto* proporcionador de extremo perigo, merecendo, por conta dessa característica, medidas exclusivas de contenção, além de subtrair os direitos individuais fundamentais (ou parte desses direitos) que aquele sujeito possui. Conclui, ao final, que diante do sequestro de direitos fundamentais efetuados, se operou a própria desconstituição da condição de pessoa humana:

A essência do trato diferencial que se dá ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa e somente o considera, mais abaixo, como ente perigoso ou danoso. Por mais que se relativize a ideia, quando se propõe distinguir entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), se faz referência a humanos que são privados de certos direitos individuais em razão de que se deixou de considerá-los pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que apresenta a aceitação do *hostil* no direito como o princípio do estado de direito. Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, portanto, que necessita de pura contenção, lhe retiram ou lhe negam seu caráter de pessoa, ainda que lhe reconheçam certos direitos (por exemplo, testar, contrair matrimônio, reconhecer filhos, etc.), ou a quantidade de direitos dos quais alguém é privado que lhe retira a condição de pessoa, mas a razão mesma em que baseia essa privação de direitos, ou seja, quando se

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, p. 29.

⁴⁶ Jakobs, ao abertamente defender essa conclusão, assim se manifestou: “a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo.” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47).

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 18.

priva alguém de algum direito somente porque a considera puramente como um ente perigoso⁴⁸.

A demonstração da desconstrução das pessoas já seria suficiente, por si só, a demonstrar a incompatibilidade constitucional da aludida proposta punitiva. Sem prejuízo, é recorrente a constatação de que o Direito Penal do inimigo gera encantos em primeira leitura, soando como uma cristalina justiça e uma poderosa arma a ser empregada, por exemplo, contra criminosos classificados de alta periculosidade. Mas é exatamente nessa frase, aparentemente simples, que existe um insuperável óbice à legitimação prática da teoria: o uso da expressão “criminosos *classificados*”. Veja-se que ao se admitir como legítimo o Direito Penal do inimigo como mecanismo de defesa do Direito Penal do cidadão, caberá ao próprio Estado, detentor do poder de punir, classificar e dizer quem é esse inimigo.

Se os direitos fundamentais, notadamente em sua primeira dimensão, existem para a proteção da pessoa contra as agressões históricas levadas a efeito pelo soberano (o atual Estado), e se o Direito Penal do inimigo tem como uma das consequências o enfraquecimento do rol de direitos fundamentais (em nome do declarado estado de guerra e da prevenção), se traduz em incompatível contradição entregar ao próprio Estado o poder de dizer que determinada pessoa, seletivamente classificada de inimiga, é ou não é merecedora da plenitude dos direitos fundamentais. A teoria nada mais faz, então, do que servir de instrumento para que o Estado, de acordo com sua livre conveniência, retire de determinada pessoa *indesejada* o rol – que deveria ser rígido e imutável – dos direitos fundamentais historicamente adquiridos, e que existem, por essência, como freios das arbitrariedades⁴⁹.

⁴⁸ Texto original: “la esencia del trato diferencial que se depara al enemigo, consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostil en el derecho con el principio del estado de derecho. En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). o es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derecho, es decir, cuando se priva a alguien de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 48).

⁴⁹ “São precisamente os direitos fundamentais do indivíduo que figuram como uma barreira infranqueável ao exercício do *ius puniendi* estatal, posto que uma lesão ou perigo de lesão a tais direitos e garantias individuais conduz necessariamente a uma intervenção da atividade persecutória penal, indispensável para assegurar o mínimo imprescindível da ordem social”. (CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 344-345).

Cabe ressaltar, em acréscimo, que os critérios que seriam utilizados para identificar esse suposto inimigo seriam inevitavelmente obscuros, permitindo que o Estado, pela atitude de um, levasse a efeito, por exemplo, mecanismos supostamente “preventivos” contra pessoas com características culturais ou físicas semelhantes àquele sujeito que anteriormente foi convenientemente taxado de inimigo. Ao final, nada mais fará, em largos passos de retrocesso, que tornar a promover – quiçá oficialmente – a opressão contra grupos que seriam *indesejados*. Francisco Muñoz Conde bem elucida esse raciocínio na seguinte passagem:

Depreciar ou ignorar esses controles ou filtros, internos e/ou internacionais, que como último bastião podem ser utilizados para sancionar esses abusos, é o mesmo que deslegitimá-los e deixar porta aberta para a lei do mais forte, que declare como ‘inimigo’ todo aquele que, pelas razões que sejam, considere contrário a determinados interesses, sejam estes econômicos, ideológicos, ou raciais; ou seja, o inimigo, o ‘judeu’, o ‘muçulmano’, o ‘sérvio bósnio’, ‘comunista’, o ‘tutsi’, o ‘xiita’, o ‘terrorista’, ou simplesmente o vizinho que discute a propriedade de um pedaço de terra, ou tem uma ideologia ou religião distintas, ou pretende a outra etnia ou tem uma cor de pele distinta. O preocupante não é apenas que estas realidades existam e sejam acolhidas em textos legais, mas que, além disso, sejam legitimadas e fundamentadas com construções teóricas mais ou menos brilhantes.⁵⁰

Cabe aqui consignar, em interessante ilustração, uma obra que se destinou ao estudo de episódios históricos que comprovam essa conclusão, indicando que o discurso do *inimigo* (ou *hostil*), é permissor de eliminação de grupos “inconvenientes” para o soberano, obra esta que recebeu um título extremamente feliz, capaz de, por si só, fazer entender a conclusão apresentada: “Inimigo ou a inconveniência de existir⁵¹”.

Por curiosidade, o Brasil já teve episódios em que mecanismos oficiais foram utilizados sob uma premissa deliberadamente falsa, mas com o objetivo real de conter grupos ou pessoas indesejadas. Sem se olvidar dos recorrentes exemplos do período militar (em que pessoas contrárias ao governo sofreram, em termos de violência, represálias de índole corporal), ou de questionamentos da atual legislação (como o regime disciplinar diferenciado no processo penal que, embora validado pela Jurisprudência, é questionado por parcela da Doutrina⁵²), há outro exemplo que chama a atenção pela triste

⁵⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*. Curitiba-PR, 2012, p. 78-80.

⁵¹ FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 1a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁵² MENEZES, Bruno Seligman de. *Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.14, n. 168, p. 19, nov. 2006.

marca que deixará na história nacional: a morte de dezenas de milhares de pessoas no hospital psiquiátrico “Colônia”, em Barbacena-MG.

O referido estabelecimento médico foi profundamente estudado por Daniela Arbex⁵³ na obra intitulada “o holocausto brasileiro”. A mencionada autora estima que aproximadamente 60 mil pessoas morreram no interior do hospital por conta de frio, maus-tratos, fome e outras espécies de violações. Estima-se, ainda, que 70% dessas pessoas não contavam com qualquer diagnóstico de doença mental, e acabaram sendo internadas de maneira compulsória. Há relatos de internações de prostitutas, homossexuais, e inúmeras outras situações pautadas exclusivamente juízo de inconveniência feito na época. O hospital, localizado com acesso a uma rede de ferrovia, recebia vagões de diversos locais do Brasil repletos de pessoas condenadas ao “Colônia”. Popularmente, e em tom por vezes ridicularizador, apelidavam esses vagões de “trens de doido”. Cabe consignar, pela infeliz realidade que traz a tona, as palavras de Daniela Arbex:

O Colônia tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos (...) Sessenta mil pessoas perderam a vida no Colônia⁵⁴.

O Direito Penal do inimigo, ainda que venha a ser idealizado sobre uma premissa teórica bem intencionada, necessariamente será atrelado, na prática, a aspectos pessoais do agente, e não propriamente ao *fato* danoso que por ele foi praticado, mesmo que essa face não seja oficialmente reconhecida pelo Estado. O Direito Penal do inimigo, que adjetiva um ser desde sua nomenclatura, não encontra, por isso, qualquer correspondência ao sempre salutar Direito penal do fato, e promove, pelo subjetivismo que lhe é inerente, um ultrapassado Direito Penal do autor⁵⁵.

3 A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Conforme já avaliado anteriormente a doutrina definiu o “conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, que determina que um tratamento diferenciado só será possível

⁵³ ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. 1a ed. São Paulo: Geração, 2013, p. 28.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 30-31

⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 107-109.

quando amparado em um motivo que torne essa diferenciação razoável (critério identificado por Celso Antônio Bandeira de Melo, na obra própria sobre o assunto, de *discrímen razoável*)⁵⁶. Essa razoabilidade, justificante da diferenciação, é obrigatoriamente entendida em harmonia e pela perspectiva da promoção/proteção dos direitos fundamentais⁵⁷, sendo inadmitida a validade de qualquer diferenciação de tratamento quando esta se assentar em motivos limitadores dos mencionados direitos.

Dessa forma, é nitidamente violadora desse conteúdo jurídico a ideia do Direito Penal do inimigo, pois permite um tratamento punitivo diferenciado que se ampara no *distanciamento* ou *enfraquecimento* dos direitos fundamentais. Colaciona-se, sobre o ponto, importante passagem de Celso Antônio Bandeira de Melo⁵⁸, em que se realiza forte defesa da conclusão de que a possibilidade de um tratamento diferenciado, consistente no *discrímen razoável*, somente deve ser admitida se for harmonizadora-proporcionadora dos direitos fundamentais, e nunca limitadora:

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente é, 'in concreto', afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com ele.⁵⁹

Em acréscimo, o tratamento diferenciador baseado em características da pessoa (identificada pelo Estado pelo inimigo conforme anteriormente salientado), não encontra correspondência com o critério jurídico da igualdade, já que baseado em argumentação abstrata, desprovida de razoabilidade no caso concreto.

A principal estrutura do Direito Penal do inimigo está permissão de medidas supostamente preventivas contra a hostilidade do inimigo (como a punição de atos preparatórios)⁶⁰, acompanhadas da mitigação de direitos fundamentais. Observe-se, entretanto, que é incontestável que o Direito Penal deve ser contundente quando essa

⁵⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 20-22.

⁵⁷ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 281.

⁵⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 21-22.

⁶⁰ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 164-165.

força, em medida certa, for necessária à pacificação social, mas sempre deve atuar dentro de um rol rígido que não seja seletivo, e desde que a atuação não implique, por qualquer via, em violação a direitos fundamentais⁶¹. Essa contundência esperada, quando for justificável, deve ser oriunda de um Direito Penal único (do cidadão), sempre limitado por um imutável cerne de direitos fundamentais, e que se volte contra *atos*, e não contra pessoas convenientemente adjetivadas (traços do Direito Penal do autor).

Luigi Ferrajoli, com base em argumentação análoga, atesta que o Estado de Direito não deve conhecer amigos ou inimigos, mas tão somente culpados ou inocentes que tiveram o direito a um processo com respeito aos direitos e garantias fundamentais. Em acréscimo, na descrição de um Direito Penal liberal, ainda diz:

na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os *meios*, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o *fim* não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono⁶².

Acrescente-se, também, que o Direito Penal não pode hoje ser entendido a partir de uma visão isolada e desprendida dos limites constitucionalmente assumidos pela sociedade. Isso faz com que a tese do Direito Penal do inimigo não tenha qualquer espaço de adoção nos Estados que elevaram a dignidade da pessoa humana como fundamento central de toda atuação jurídica, já que a atuação do poder de punir e a própria criminalização de condutas necessariamente servem como necessários instrumentos de *proteção e promoção* dos direitos fundamentais⁶³.

Além disso, Gisele Mendes de Carvalho ensina que a adoção da dignidade da pessoa humana como princípio superior traz consequências que impedem práticas discriminatórias que não se destinem à proteção da própria pessoa:

A acolhida desse princípio, ao mesmo tempo em que se afirma a superioridade do homem em relação a todos os demais seres e objetos da natureza consigna sua condição de igualdade perante todos os seres humanos. Essa igualdade impede todo tipo de discriminação ou de

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689.

⁶² *Ibidem*, p. 667.

⁶³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

instrumentalização da pessoa humana para lograr fins que lhe são alheios, por mais valiosos que sejam⁶⁴.

Assim, ao caminhar em sentido contrário à missão constitucionalmente imposta, e ao abrir o espaço para a opressão dos direitos fundamentais do *hostil*, o Estado claramente promoverá uma imoderada verticalização das relações sociais⁶⁵⁻⁶⁶. No mais, o tratamento desigual que se propõe pelo Direito Penal do inimigo é violador do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, o que implica em inevitável inconstitucionalidade de qualquer norma criada a partir de tais referenciais teóricos.

CONCLUSÕES

O tratamento *desigual* na forma é, em muitos casos, proporcionador da igualdade em sentido jurídico. A permissão do tratamento desigual para aqueles que manifestem alguma desigualdade, se constitui em parte importante desse salutar princípio constitucional.

Por outro lado, é preciso definir critérios seguros para delimitação de quando essa discriminação deve ou não ocorrer. Nessa lógica, conquanto não se possa objetivamente adotar uma fórmula inflexível para a generalidade dos casos, surge a ideia do *discrímen razoável*, que se manifesta, primeiramente, em uma lógica discursiva que exige que a diferenciação de tratamento venha obrigatoriamente baseada em um argumento legitimador decorrente de critérios de proporcionalidade. Em segundo lugar, também exige que essa diferenciação de tratamento, para ser válida, se transmude em atitude voltada à efetivação ou ampliação de direitos fundamentais.

O Direito Penal do inimigo, como visão extremada de um funcionalismo sistêmico, se traduz em uma resposta punitiva da pós-modernidade. Para tanto, determina o tratamento jurídico diferente entre o *hostil* e o cidadão com base na premissa de que o Direito Penal comum (do cidadão) é inoperante para aquele que, por princípio, recusa a vigência do sistema. Como tal, permite medidas de repressão contra o inimigo, incluindo-se, para tal finalidade, a supressão de certos direitos fundamentais.

⁶⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: Método, 2001, p.113.

⁶⁵ Sobre a verticalização das relações sociais pelo poder punitivo: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 20-21.

⁶⁶ Cf: Idem. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 31.

Os direitos fundamentais tutelam, em seu valor, os elementos que são essenciais à pessoa, sem as quais não se concebe a sua própria existência. Nessa lógica, a retirada de direitos fundamentais do *hostil* implica, em última análise, na negativa da própria condição de pessoa ao inimigo. Além disso, os direitos fundamentais, por razões históricas, possuem em sua origem a ideia de proteção da pessoa em relação ao Estado. Disso deriva a conclusão de que não se deve atribuir ao próprio Estado, ainda que sob a bandeira de uma maior repressão aos inimigos, a possibilidade de manejar livremente tais direitos. A maior ou menor contundência da atuação punitiva pode ser ponderada dentro de um Direito Penal único (do cidadão), que respeite garantias fundamentais igualmente para todos.

O critério de diferença de tratamento punitivo por características pessoais do adjetivado inimigo se aproxima de um Direito Penal do autor, em detrimento do Direito Penal do fato. Esse critério de distinção, que é revestido de caráter genérico à livre escolha do Estado, não se traduz no *discrímen razoável*, seja porque não é baseado em uma razoabilidade do caso concreto (deriva do sentimento abstrato de medo), ao tempo em que não promove os direitos fundamentais (pelo contrário, é uma argumentação que os reduz). Assim, qualquer discurso legislativo que imponha a diferenciação de tratamento em seu nome (ainda que indiretamente), não terá compatibilidade com a constituição, sendo passível de controle.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho, Penal Pare General*. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração, 2013.

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*. 4ª ed. Barcelona: Lumen, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *O mas estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRITO, Alexis Couto; OLIVEIRA, William Terra; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez;. *Direito Penal Brasileiro, parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7. ed. Lisboa: Almedina, 1993.

CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: Método, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*. Curitiba, 2012.

ESTEFAM, André. *Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005.

GOMES, Joaquim Barbosa *Ação afirmativa: princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Marcos Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. Mídia, medo e expansão punitiva. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean.-François; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo-SP: Saraiva, 2012.

MARTINS, Leonardo. Comentários ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.14, 2006.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2010.